

「不当利得法における公平説の衰退と類型論の台頭 (2・完) ーローマ法から現在に至るまでの学説を中心にー」

油 納 健 一

【目次】

第 1 章 はじめに

第 2 章 ローマ法

第 1 節 不当利得という概念の出現とその意義

第 2 節 ディゲスタ (Digesta) における法文と公平という概念

第 3 節 各種のコンディクツィオ (condictio)

第 4 節 小括 (以上 41 巻 3 号)

第 3 章 ドイツ法 (以下本号)

第 1 節 ドイツ普通法

第 2 節 ドイツ民法典 (BGB) と不当利得法統一化に関する学説

第 3 節 ドイツ不当利得法類型論の登場

第 4 章 日本法

第 1 節 公平説

第 2 節 類型論

第 5 章 むすび

第 1 節 公平説衰退の理由

第 2 節 類型論台頭の理由

第 3 節 類型論の現状と課題

第 3 章 ドイツ法

第 1 節 ドイツ普通法

ドイツにおいてはローマ法が包括的に継受され、17・18 世紀、公平の観念に基づいた不当利得法原理が確立されるに至った⁽¹⁹⁾。

その後、19 世紀中期以降、不当利得制度の存在そのものの懐疑的見解も

(19) 磯村・前掲注 (1) 230 頁以下。

なお存在したが、公平の観念に基づく不当利得返還請求権の肯定は通説的地位を占めた。具体的には、ローマ法上の各種のコンディクツィオに則した法体系が企図され⁽²⁰⁾、近世以降も、ローマ法体系はドイツにおいて存続したまま、ドイツ民法典編纂へと向かうこととなる。

第2節 ドイツ民法典（BGB）と不当利得法統一化に関する学説

1 BGB 第一草案⁽²¹⁾の不当利得規定は、ローマ法及びドイツ普通法上の各種のコンディクツィオに則して編纂された。これに対して、ギールケ（Gierke）などが第一草案は「理論に捉われ技巧に過ぎた不当利得返還請求権体系の形成」であることを理由に批判し、不当利得の一般原則を立てるべきと主張した。

このようなギールケの批判・主張により、第二草案以降は、まず初めに不当利得法の一般原則を掲げて統一化を図り、それ以下では他の若干の特別規定（非債弁済や不法原因給付など）を設けるという体系、すなわち現行 BGB 及び現行日本民法典と同一の体系に至った⁽²²⁾。

2 その後、このような BGB における不当利得法の統一化によって、統一的不当利得法の基礎を何に求めるかという問題が BGB 成立前から提起されることになった。その理由は、各種のコンディクツィオ体系に慣れ切った法曹界に対して不当利得法を統一的に説明するための根拠が必要であったから

(20) 磯村・前掲注（1）33頁（初出・「不当利得に就いての一考察（二）一利得の不当性を中心として一」法学論叢46巻1号80頁（1942年））。

(21) BGB 編纂過程における経緯については、拙稿「不当利得に基づく収益返還義務（1）ードイツ民法典編纂過程における審議を中心にー」山口経済学雑誌57巻3号57頁以下（2008年）、同「不当利得に基づく収益返還義務（3・完）ードイツ民法典編纂過程における審議を中心にー」山口経済学雑誌58巻1号124頁以下（2009年）を参照。

(22) 松坂・前掲注（2）137頁以下、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』98頁以下（有斐閣、1986年）（初出・「類型化による一般不当利得法の再構成（三）」法学協会雑誌91巻1号（1974年））。

であり⁽²³⁾、また、第一草案で公平の原理に基づかないことが明言されていたことも議論に拍車を掛けた一因といえよう。

3 公平説も含めて多くの学説が発表され、また統一的な把握を放棄する学説もあった⁽²⁴⁾。しかし、不当利得法を統一的に把握するために適切な根拠を提示することは困難を極めたようであり、通説とされる学説はついに出来なかったように思われる。したがって、公平説もまた、他の学説と同様、通説の地位を占めるには至らなかったのである。

このように、かつて通説であった公平説は、不当利得法統一化の議論が始まって以降、衰退の道を歩み始めたといえる。

なお、この統一化の議論が始まったのは、類型論登場より 60 年近くも前であり、したがって、公平説衰退の原因は、類型論台頭によるものとはいえず、むしろ公平説の内容自体にその原因があったと評価できよう。

第 3 節 ドイツ不当利得法類型論の登場

1 以上のように、不当利得法の統一的根拠を提示できない状況が続く中で、BGB 成立後、非統一的把握説に限らず統一的把握説からも、BGB812 条⁽²⁵⁾の「給付による場合」と「その他の場合」に分けて不当利得法を考えようとする論者が存在した。ユング⁽²⁶⁾、エンネックツェルス⁽²⁷⁾、エルトマン⁽²⁸⁾、レオン

(23) 加藤・前掲注 (22) 96 頁以下、105 頁、107 頁。

(24) 加藤・前掲注 (22) 93 頁以下。なお、この時代の諸学説については松坂・前掲注 (2) 145 頁以下に詳しく、特にドイツ・フランスにおける公平説に関しては 161 頁以下を参照。

(25) BGB812 条

「他人の損失により、法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によって、あるものを取得する者は、その他人に対し（その「取得されたもの」について）返還義務を負う。法律上の原因が後に消滅する場合又は法律行為の内容による給付をもって目的とされた成果が生じない場合であっても、この義務は生じる。

契約による、債務関係の存否の承認もまた、給付とみなす。」

191 - 「不当利得法における公平説の衰退と類型論の台頭（2・完）－ローマ法から現在に至るまでの学説を中心に－」（油納ハルト⁽²⁹⁾）である⁽³⁰⁾。

その後、類型論登場前において同説の先駆者として決定的に重要であったのは、ヴィルブルクの二分論⁽³¹⁾である。しかし、ヴィルブルクは、従来の論者と同様、研究目的を不当利得法基礎（根拠）の解明としたため、当時すでに各種のコンディクツィオ体系に慣れ切った法曹が世代交代によって姿を消していた状況下で評価されることはなかった⁽³²⁾。

2 ヴィルブルクの二分論から20年後、ドイツ不当利得法類型論の創始者ケメラ⁽³³⁾は、ヴィルブルクとは異なり、BGB812条以下にある統一された不当利得規定を、具体的にいかに解釈するのか、すなわち解釈論として類型論を主張した。

また、ヴィルブルクが類型化によって差異を設けたのは不当利得の基礎及び要件にとどまり、具体的効果は類似すると主張した⁽³⁴⁾のに対し、ケメラは各類型に基礎・要件だけでなく、効果についても個別の内容を生み出して

(26) Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des "rechtlichen Grundes", 1902, insbes. S. 125ff.; ders, Bürgerliches Recht, in: Das gesamte Deutsche Recht, Bd. 1, von R. Stammler, 1931, S. 753ff.

(27) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 23-27 Aufl., 1927, S.634f.

(28) Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1929, S. 1330ff.

(29) Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931, S. 454.

(30) 加藤・前掲注（22）94頁。

(31) Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934.

なお、このヴィルブルク説については、磯村・前掲注（1）46頁、松坂・前掲注（2）167頁以下を参照。とくに後者は、ヴィルブルク説を詳しく解説している。

(32) 加藤・前掲注（22）97頁以下。

(33) Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, 1954（以下、Rabelと記す）, S. 333, in: Gesammelte Schriften, Bd. I, 1968（以下、Gesammelte Schriftenと記す）, S. 209.

(34) Wilburg, a.a.O., 122ff.

いったのである⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾。

3 その後、このケメラー類型論はドイツ不当利得法の通説となり、不当利得法に関する現在の一般的教科書の記述は、ほぼすべてがこの類型論に従っている。また、我が国の不当利得法も、このケメラー類型論から多大な影響を受けることになる。

第4章 日本法

それでは、我が国において、以上のようなドイツ法がいかに関受されていったのか。以下では、日本民法典成立後に我が国で生じた公平説を検討した上で、類型論をみることにしよう。

第1節 公平説

1 日本民法典の起草者は、ボワソナードの自然法的公平観を排除し⁽³⁷⁾、また、石坂音四郎⁽³⁸⁾、川名兼四郎⁽³⁹⁾、末弘巖太郎⁽⁴⁰⁾、鳩山秀夫⁽⁴¹⁾は、非統一的把握説に立っていた⁽⁴²⁾。

(35) Caemmerer, a.a.O., in : Rabel, S. 337, S. 376ff., in : Gesammelte Schriften, S. 213, S. 252ff. ; ders., Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, in : Festschrift für Gustav Boehmer, 1954, S. 154 Fn. 42, in : Gesammelte Schriften, S. 308 Fn. 42. なお、ケメラーが不当利得法の基礎・要件・効果を具体的にいかにかえたかについては、磯村・前掲注 (1) 211 頁以下 (初出・「カエメラー『不当利得』[紹介]」法学論叢 63 巻 3 号 (1957 年))、本稿第 4 章第 2 節にある川村類型論を参照。

(36) 以上の磯村、松坂及び加藤の論稿の他に、本章で扱ったドイツ法を簡潔かつ的確に説明するものとしては、広中・前掲注 (17) 392 頁以下などがある。

(37) 広中俊雄『民法修正案 (前三編) の理由書』662 頁 (有斐閣、1987 年)。

(38) 石坂音四郎「法律行為ノ原因ト不当利得ニ於ケル法律上ノ原因」京都法学会雑誌 4 巻 1 号、2 号、4 号、8 号 (1909 年)、5 巻 1 号、2 号 (1910 年)。

(39) 川名兼四郎『債権法要論』678 頁以下 (金刺芳流堂、1915 年)。

(40) 末弘巖太郎『債権各論』941 頁以下 (有斐閣、1918 年)。

(41) 鳩山秀夫『日本債権法 (各論下)』790 頁、796 頁以下 (岩波書店、1920 年)。

2 これに対して、昭和に入ってから我妻栄による公平説⁽⁴³⁾が登場し、「形式的・一般的には正当視せられる財産的価値の移動が実質的・相対的には正当視せられない場合に、公平の理想に従ってその矛盾の調整を試みんとすることが不当利得の本質」である⁽⁴⁴⁾（二元的構成）とし、その後、同説による統一の把握説が通説となる⁽⁴⁵⁾。

この公平説によれば、まず不当利得法の要件は、類型によって区別されることなくあらゆる事案において703条に従い、法律上の原因の欠如・受益・損失・受益と損失間の因果関係という4つの要件とされる⁽⁴⁶⁾。

つぎに、効果については、善意受益者の返還義務の範囲は受益ではなく現存利益とされる^{(47) (48)}。

また、この我妻の他に公平説の代表的論者として、松坂佐一⁽⁴⁹⁾、谷口知平⁽⁵⁰⁾

(42) 加藤・前掲注(22) 104頁。

(43) 我妻栄『債権法（事務管理・不当利得）』141頁以下（日本評論社、1930年）。我妻は、ドイツの公平説を参考にしたと思われる。

(44) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（新法律学全集）』29頁以下（日本評論社、1937年）（以下、全集と記す）、同『債権各論下巻一（民法講義V4）』938頁、985頁（岩波書店、1972年）（以下、講義と記す）。

(45) 加藤・前掲注(22) 105頁以下。

(46) 我妻・前掲注(44) 全集41頁、46頁以下、同・前掲注(44) 講義945頁以下。

(47) 我妻・前掲注(44) 全集88頁、90頁以下、松坂佐一『事務管理・不当利得』218頁、220頁以下（有斐閣、1973年）。もっとも、類型論が登場して以降、公平説の論者もその影響を受け、受益者の善意・悪意に関係なく、受益が原則として返還されるべきとする。これについては、たとえば、我妻・前掲注(44) 講義1055頁以下。

(48) この我妻公平説を検討の対象とするものとしては、衣斐成司「不当利得学説史（明治期～昭和前期）」水元浩ほか編『日本民法学史・各論』311頁以下（信山社、1997年）がある。

(49) 松坂・前掲注(47) 58頁以下。

(50) 谷口知平『不当利得の研究』39頁以下（有斐閣、再版、1965年）。なお、この『不当利得の研究』の書評として、藤原正則「谷口知平『不当利得の研究』」加藤雅信編集代表『民法学説百年史』537頁以下（三省堂、1999年）がある。

が挙げられよう。

この中でも、とりわけ谷口による過責の考量論は、当事者双方の過責の考量によって返還義務の範囲を決定する見解であり、我妻公平説よりも公平という観念を強調する見解といえよう⁽⁵¹⁾。

最後に、これらの公平説によれば、不当利得法は、物権法・契約法などに優越して修正を施すいわば自然法のような高次の法である、と捉えられている⁽⁵²⁾。

3 しかし、公平説には、以下のような重要な問題点を指摘することができる。

すなわち、第一に、不当利得が問題となる多種多様な具体的事案において、不当利得法に基づく解決方法を提示できるようにするためには、公平という観念だけでは足りない⁽⁵³⁾。

第二に、公平説が強く肯定されると、とくに不当利得返還請求訴訟において、その結論がその時々裁判官の公平判断、場合によっては、公平という感覚・感情に左右されることになってしまう⁽⁵⁴⁾。

第三に、我妻がドイツ法を参考に主張した二元的構成は、ドイツにおいて物権行為の独自性・無因性が認められていたからこそ、すなわち、債権行為が無効でも物権行為が有効である場合に不当利得法に基づいて物権の返還が認められなければならないからこそ、有益な見解なのである。これに対して、我が国においては、物権行為の独自性・無因性は否定されており、そもそも我妻自身がこれらを否定しているのであり、我妻の二元的構成は十分な根拠を欠く⁽⁵⁵⁾。

第四に、我妻は、自らの二元的構成をあたかも不当利得法一般の見解として拡張したかのように主張する。しかし、前述した物権行為の独自性・無因

(51) 谷口・前掲注 (50) 424 頁以下。

(52) 好美清光「不当利得法の新しい動向について (上)」判タ 386 号 17 頁 (1979 年)。

(53) Wilburg, a.a.O., S. 19.

(54) Wilburg, a.a.O., S. 19, 好美・前掲注 (52) 16 頁以下。

性が認められる場合を除けば、「財産的価値の移動が形式的・一般的には正当視せられるが、実質的・相対的には正当視せられない場合」は、極めて限られているように思われる。

すなわち、その場面とは、債務者が善意で債権の準占有者（478条）又は受取証書の持参人（480条）に弁済したために債権者が債権を失った場合や、他人の材木を使用して家屋の一部として建築してしまったような添付の場合などに限定されよう⁽⁵⁶⁾。

第五に、前述した、債務者が善意で債権の準占有者（478条）又は受取証書の持参人（480条）に弁済したために債権者が債権を失った場合には、受領者は真実の債権者に対して不当利得返還義務を負い、他人の材木を使用して家屋の一部として建築してしまったような添付の場合には、248条に基づいて材木の所有者に対して同じく不当利得返還義務を負うこととなる。これに対して、即時取得（192条）の場合には、受領者は真の所有者に対して不当利得返還義務を負うことはない。

したがって、これらの3つの場合において、不当利得返還義務の発生の有無は、各規定の目的・根拠によって初めて決定されるのであり、我妻の二元的構成又は谷口の過責の考量論という抽象的な見解から、当然に結論が引き出されるわけではない⁽⁵⁷⁾。

(55) 加藤・前掲注(22) 118頁以下、好美・前掲注(52) 16頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』49頁以下(青林書院新社、1981年)。

もっとも、我妻は、この批判から免れるために、占有の不当利得論を主張すると考えられるが、これは公平説の中でも我妻特有の見解であるので、本稿では省略する。なお、占有の不当利得論については、我妻栄『民法研究Ⅱ』165頁以下(有斐閣、1966年)(初出・「法律行為の無効取消の効果に関する一考察―民法における所有物返還請求権と不当利得との関係―」穂積重遠編『春木一郎先生還暦祝賀論文集』(有斐閣、1931年))、我妻・前掲注(44) 全集 38頁以下、我妻・前掲注(44) 講義 947頁以下を参照。

(56) 好美・前掲注(52) 16頁。

(57) 好美・前掲注(52) 16頁、四宮・前掲注(55) 49頁以下、201頁以下。

第六に、公平という概念は、民法典全体がその根拠としているところであり、不当利得法のみにいえることではない。

第七に、民法上の公平とは、個別事案において、当事者の帰責性やその他の状況（取引の形態など）を総合的に考慮して、当事者のどちらを保護すべきかという“価値判断”・“比較衡量”を意味し、またそれらの結果にすぎないと考えられる。

民法上の公平の意味が、もしそうだとすれば、公平説は法学説といえるであろうか。学説とは理論に基づいて体系化された見解を指すものと考えられ、それゆえ、価値判断・比較衡量に委ねるという見解を学説と評価することは困難といえよう。

したがって、不当利得法において求められるのは、その公平に辿り着くまでの理論構成であるように思われる。

第 2 節 類型論

1 磯村哲が、1941 年に我が国に初めてヴィルブルクの二分論を紹介し⁽⁵⁸⁾、さらに、1954 年にケメラーの不当利得法類型論が発表されてからはケメラー説の基本構造を紹介した⁽⁵⁹⁾。

これらに続いて、川村泰啓が 1961 年以降、ドイツにおける類型論以前の判例・学説（差額説）に対して批判を加えながら、類型論（とくにヴィルブルク・ケメラー・レーザーの見解）の意義・機能を詳細に紹介・検討し、独自の民法体系の理解⁽⁶⁰⁾を前提とした類型論を展開していった。その後、我が国の不

(58) 磯村・前掲注 (1) 1 頁以下、特に 45 頁以下（初出・「不当利得に就いての一考察（一）～（三）・完」一利得の不当性を中心として」法学論叢 45 卷 6 号（1941 年）、46 卷 1 号（1942 年）、47 卷 1 号（1942 年））。

(59) 磯村・前掲注 (1) 211 頁以下。

(60) たとえば、川村泰啓『商品交換法の体系Ⅰ—私的所有と契約の法的保護のメカニズム—』（勁草書房、1972 年）など。

当利得法においても、類型論が通説的地位を占めるに至る。

2 川村類型論は、ドイツ類型論を参考にしながら、主につぎの2点を主張する。

まず第一に、不当利得法を“法律上の原因の欠如”の態様ごとに区別する、すなわち、具体的には給付利得と「他人の財貨からの利得」に類型化する。

第二に、第一次的に返還義務の対象となるのは、受益者の財産増加や「出費の節約」ではなく、受益者が法律上の原因なく「受けたもの」そのものである⁽⁶¹⁾。ただし、受益者が善意の場合において「受けたもの」が現存していないときは、例外として第二次的に、利得の消滅が考慮される⁽⁶²⁾、と。

以下、給付利得と「他人の財貨からの利得」に分けて、より詳細にみていく。

(1) 給付利得

贈与などの一方的給付の場合、債権が存在しなかったために、給付の受領者は不当に受益していることになり、この給付利得返還請求権の内容は、第

(61) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲（三） —とくに「利得の消滅」の問題を中心として—」判例評論 64 号 35 頁（1963 年）（以下、「返還さるべき利得の範囲（三）」と記す）、同「返還さるべき利得の範囲（四） —フォン・ケメラーの不当利得論—」判例評論 65 号 30 頁、32 頁（1964 年）（以下、「返還さるべき利得の範囲（四）」と記す）、同「一つの中間的考察 —「返還さるべき利得の範囲」の「むすび」および類型論の具体的展開の「序」に代えて—」判例評論 72 号 42 頁（1964 年）（以下、「一つの中間的考察」と記す）、同「不当利得返還請求権の諸類型（二） —類型論の具体的展開—」判例評論 77 号 64 頁（1965 年）（以下、「不当利得返還請求権の諸類型（二）」と記す）。

(62) 川村・前掲注 (61)「返還さるべき利得の範囲（三）」35 頁、同・前掲注 (61)「返還さるべき利得の範囲（四）」32 頁、同・前掲注 (61)「一つの中間的考察」42 頁。

なお、川村は、以上のように、「受けたもの」を責任の基礎とし、「現存利益」を責任の制限として区別することは、日本民法典の起草者も同様に考えていたと主張する（同・前掲注 (61)「一つの中間的考察」45 頁、48 頁）。また、この点につき川村は、「他人の財貨からの利得」だけではなく、給付利得にも当てはまると考えているようである。

一次的には、「給付されたもの」の返還、あるいはこの返還が不能の場合は「給付されたものの価値」の返還である⁽⁶³⁾。

ただし、受領者が善意の場合において「給付されたもの」やその価値が現存していないときは、例外として第二次的に、利得の消滅が考慮されることになる⁽⁶⁴⁾。

また、売買などの双方的給付の場合については、一方的給付の場合と同様、この給付利得返還請求権の内容は、第一次的には、「給付されたもの」の返還、あるいはこの返還が不能の場合は「給付されたものの価値」の返還である。ただし、一方的給付の場合と異なり、利得消滅の抗弁はたとえ善意であっても両当事者ともに制限される⁽⁶⁵⁾。

(2) 「他人の財貨からの利得」

「他人の財貨からの利得」の場合には、物権的請求権と同じく、「財貨の保護」が問題となる（物権法に対応）。

所有者に財貨を割当てるのが絶対権の本質であり、物の処分・消費・使用などはその物の所有者に帰属している。すなわち、他人の物を処分・消費・

(63) 川村泰啓「不当利得における利益と損失 一不当利得原理の法律学的構成をめぐって」法学教室別冊ジュリスト第2号30頁（1961年）、同・前掲注（61）「返還さるべき利得の範囲（四）」30頁、同「契約の無効・取消と不当利得」松坂佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本雅男先生還暦記念『契約法大系Ⅶ 補巻』180頁（有斐閣、1965年）。

(64) 川村・前掲注（61）「返還さるべき利得の範囲（四）」31頁。

(65) 磯村保「契約の無効・取消の清算—各論的考察」私法48号51頁以下（1986年）、藤原正則『不当利得法』166頁以下（信山社、2002年）など。

なお、536条1項類推に基づいて返還義務は残存部分に縮減され、相手方の返還義務もそれに応じて縮減される、とする見解もある（加藤・前掲注（22）449頁以下、同『事務管理 不当利得』149頁（三省堂、1999年）、同『新民法大系Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為』74頁（有斐閣、第2版、2005年）、四宮・前掲注（55）74頁、77頁、133頁以下など）。

使用する者は、所有権の割当内容に従えば、本来所有者に帰属すべきはずであったものを取得することになる。他人の物の処分・消費・使用は所有権（その他の物権）の割当内容に反するがゆえに、不当である。

したがって、この割当内容に従えば、本来所有者が取得するべきであったが、占有者が法律上の原因なく取得したものの処分・消費・使用による価値は、返還されるべきである。この種の保護は財貨の帰属関係を起点とするから、所有権その他の絶対権の侵害についてのみ与えられる⁽⁶⁶⁾。

ただし、占有者が善意の場合において、取得したものの価値が現存していないときは、例外として、第二次的に、利得の消滅が考慮されることになる⁽⁶⁷⁾。

以上からすると、類型論は、給付利得と「他人の財貨からの利得」に区別した上で、第一次的には、「受けたもの」の返還、あるいはこの返還が不能の場合は「受けたものの価値」の返還であるとし、第二次的に、給付利得事例における双方的給付の場合を除いて、利得の消滅が考慮されるとする。

すなわち、類型論は、公平説とは異なる新しい解釈方法を生み出したといえよう⁽⁶⁸⁾。

3 また、前述したように、公平説によれば、不当利得法は、物権法・契約

(66) 川村泰啓「不当利得における利益と損失 ―不当利得原理の法律学的構成をめぐって―」法学教室別冊ジュリスト第2号29頁以下（1961年）、同・前掲注（61）「返還さるべき利得の範囲（三）」35頁、同・前掲注（61）「返還さるべき利得の範囲（四）」30頁、同・前掲注（61）「不当利得返還請求権の諸類型（二）」64頁、同「『所有』関係の場で機能する不当利得制度（四）」判例評論124号104頁（1969年）（以下、「『所有』関係の場で機能する不当利得制度（四）」と記す）、同「『所有』関係の場で機能する不当利得制度（五）」判例評論125号100頁（1969年）。

(67) 川村・前掲注（66）「『所有』関係の場で機能する不当利得制度（四）」104頁以下。

(68) また、藤原・前掲注（65）16頁は、「・・・衡平説との対比では、不当利得を契約・所有権・事務管理に則して類型化したことで、類型論は不当利得法がすべての不当利得以外の（私法上の）法制度を補完する機能を持つことを明らかにしたという意味では、不当利得に実質的な評価基準を提示したということも可能であろう」と評価する。

法などに優越して修正を施すいわば自然法のような高次の法である、と捉えられる。

これに対して、類型論によれば、不当利得法は、物権法・契約法などと比べて上位も下位もない同じ次元に位置付けられ、また、物権法・契約法などと異なる独自の趣旨・機能・適用領域があるにすぎず、物権法・契約法などと役割を分担し合って民法を支えている、と捉えられる⁽⁶⁹⁾。

4 ところで、不当利得法類型論の理解をより深めるために、公序良俗 (90 条)・不法行為 (709 条以下) における類型論との相違をここで明らかにしておこう。

後者は、類型に応じて要件・効果を区別しないのに対して、前者は、給付利得・他人の財貨からの利得などの類型に応じて要件だけでなく効果をも個別に定めるのであり、それゆえ、同じ類型論でも、全く異なるものといえる。

5 以上からすると、類型論は、不当利得法が問題となる多種多様な事例を、給付利得とその他の類型に区別し、かつその類型ごとに精緻な理論構成を提示しているといえる。それゆえ、公平説と類型論は、不当利得法の理論構成の点で大きく異なることが明らかとなろう。

6 最後に、磯村・川村の類型論を受け、好美清光⁽⁷⁰⁾、四宮和夫⁽⁷¹⁾、広中俊雄⁽⁷²⁾、磯村保⁽⁷³⁾、川角由和⁽⁷⁴⁾、山田幸二⁽⁷⁵⁾、藤原正則⁽⁷⁶⁾が類型論を展開しただけでなく、他にも類型論を肯定的に評価する著作は多い。したがって、不

(69) 好美・前掲注 (52) 17 頁。

(70) 好美・前掲注 (52) 15 頁以下、同「不当利得法の新しい動向について (下)」判タ 387 号 22 頁以下 (1979 年) など。

(71) 四宮・前掲注 (55) 47 頁以下など。

(72) 広中・前掲注 (17) 391 頁以下など。

(73) 磯村・前掲注 (65) 45 頁以下など。

(74) 川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社、2004 年) など。

(75) 山田幸二『現代不当利得法の研究』(創文社、1989 年) など。

(76) 藤原・前掲注 (65) など。

当利得法類型論は、我が国においても通説の地位にあるといえよう。

第5章 むすび

第1節 公平説衰退の理由

1 前章第1節において我が国の公平説を検討した際、多数の問題点が明らかとなった。これらの問題点は、従来から類型論によって指摘されてきたものが中心であり、その内容は、多種多様な具体的事案を解決するためには、公平という観念だけでは足りないこと、その時々裁判官の公平判断に左右されること、我妻の二元的構成は、物権行為の独自性・無因性が否定されている我が国では通用する場面が限られていること、不当利得返還義務の発生の有無が判断されるのは公平の判断に依るのではなく、478条や192条のような規定の目的・根拠に依ること、公平は不当利得法のみにいえることではないこと、である。

さらに、本稿の成果としては、つぎの3点を現在における公平説の問題点として、強調しておくことにしよう。

2 まず、我が国ではよく知られた不当利得法公平説は、その意義が必ずしも完全に一致するわけではなかったであろうが、すでにローマの時代には確立していた。その理由は、以下の通りである。

すなわち、ローマ法における法律行為はすべて厳格な形式に従うことを要したことから、これにより生じる問題を緩和するため、その修正原理として公平の観念に基づく不当利得法が必要とされた。

これに対して、私的自治を重視し、諾成主義を原則とする現在の日本民法においては、修正原理としての公平説の必要性は決して高くはないであろう。

3 つぎに、公平説は、ローマ以降ドイツにおいても、ドイツ普通法時代を経てBGB成立に至るまで通説であり続けた。しかし、BGB編纂過程において、統一的不当利得法の基礎を何に求めるかという問題が生じ議論が重ねられた結果、その根拠付けに成功した学説は見受けられず、公平説もその例外では

なかった。

このように、BGB 成立以降、ドイツにおいて通説を築けなかった公平説が、現在の我が国の不当利得法に本当に必要なのか。

なお、公平説が衰退の道を歩み始めたのは類型論登場より約 60 年も前である。我が国においては、類型論が公平説を衰退させたようにみえるが、公平説衰退の理由は、類型論の方が優れていたからという理由だけではなく、むしろ公平説自体にその原因があったことも注視しなければならないであろう。

4 最後に、そもそも公平という価値判断・比較衡量に委ねるという見解を、法学説と評価することは困難といえよう。

5 以上からすると、公平説は、ローマ時代には修正原理として必要とされたが、現在の日本民法にはその必要性は乏しい。また、ドイツにおいては BGB 成立以降、公平説は通説の地位を守ることはできず、法学説と呼ぶことさえ難しいと考えられる。それにもかかわらず、我が国の公平説論者たちが、何故にこのような公平説を精力的に導入しようとしたのか、その理由は現在においても不明のままである。

第 2 節 類型論台頭の理由

現在の我が国においては、ドイツ不当利得法に倣った類型論が通説となっている。その理由は、この類型論は、前節で検討した公平説特有の問題点を首尾よく克服しているからといえよう。

もう少し具体的にいえば、類型論は、公平説とは異なり、解釈論として多種多様な事例を給付利得と「他人の財貨からの利得」などに類型化した上で、各類型に基礎・要件・効果を与えるという方法によって精緻な理論構成を展開し、かつ具体的な解決手法を提供しているからである⁽⁷⁷⁾。

(77) 解決手法の精緻化・具体化に成功したことを類型論の成果とするものとして、藤原・前掲注 (65) 16 頁。

たとえば、公平という抽象的観念に基づいた解決に終始することにより裁判官の裁量の範囲を徒らに拡張する公平説の問題点は、このような類型論の成果によって克服されるのである。

第3節 類型論の現状と課題

それでは、類型論には問題はないのだろうか。不当利得法の統一的把握が不可能であるとすれば、類型論のように各類型に個別の基礎（根拠）を与えることが、妥当といえよう。また、類型論に対する批判は、ドイツだけでなく我が国においてもそれほど多くはなく⁽⁷⁸⁾、さらに、とくに本稿においても重要な批判点を見出すことはできない。

しかし、我が国における有力な不当利得法研究者が、類型論を批判した上で箱庭説（法体系投影理論）を主張したり⁽⁷⁹⁾、オーストリアでは、不当利得法分解説が主張されている⁽⁸⁰⁾。これらの学説と現在の類型論の検証が今後の課題となろう。

(78) 類型論に対してすでに指摘されている問題点を簡潔にまとめたものとして、土田哲也「不当利得の類型的考察方法」星野英一編集代表『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』37頁以下（有斐閣、1985年）がある。

(79) 加藤・前掲注（22）841頁以下。

(80) Wendehorst, The Draft Principles of European Unjustified Enrichment Law Prepared by the Study Group on a European Civil Code: A Comment, ERA Forum 2006, S. 244, 260ff.; dies., No Headaches over Unjust Enrichment: Response to Daniel Friedmann, in Kurt Siehr/ Reinhard Zimmermann (Hrsg.), The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective, Tübingen 2008, S. 113, 121ff.; dies., Ungerechtfertigte Bereicherung, in: Reiner Schulze/ Christian von Bar/ Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, S. 215, 253ff.

また、このヴェンデホルストが京都大学で行った講演と質疑応答の翻訳として、クリスチアンネ・C・ヴェンデホルスト（松岡久和監訳）「不当利得 —比較法的考察を踏まえて」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化』151頁以下（日本評論社、2016年）がある。

〔後記 1〕 本稿は、平成 23-27 年度科学研究費補助金・若手研究（B）（課題番号 23730095）、平成 29・30 年度科学研究費補助金・基盤研究（C）（課題番号 17K03465）の交付を受けた研究成果の一部である。

〔後記 2〕 筆者は、2016 年 11 月 5 日に香川大学法学部で開催された中四国法政学会民事法部会において、ミニ・シンポジウム「不当利得法の歴史と未来」の司会及び第一報告を担当する機会を頂いた。本稿は、その第一報告の報告原稿に、若干の修正を施したものである。

なお、本報告では、出席の各先生方から有益な質問とご指導を賜りました。心より御礼を申し上げます。